法律制度

《中英续议通商行船条约》与清末修律辨析

陈亚平

[摘要] 学术界一直认为，受《中英续议通商行船条约》关于“弃除领事裁判权”的内容的影响，清政府被迫屈从帝国主义的意志而进行了修订律法的活动。本文认为，“弃除领事裁判权”是中国提出的谈判要求，是近代中国社会变迁的必然选择，并不体现帝国主义的意志。清廷的修律决策不是《中英续议通商行船条约》影响的结果。该项条款也不具有以往所认为的那种转折性的地位。

[关键词] 中英商约　领事裁判权　清末修律
[中图分类号] D929　[文献标识码] A　[文章编号] 1002 - 8587 (2004) - 01 - 0058 - 07

Renewed Treaty of Commerce and Navigation between Britain and China and Legal Reform in the late Qing

It has widely been believed that imperialism forced the Qing government to revise its laws, influenced by the Renewed Treaty of Commerce and Navigation between Britain and China, which prescribed abandoning consular jurisdiction. In this author's opinion, it was the Qing government that requested the negotiations to abandon consular jurisdiction. Revision of the law in the late Qing was an inevitable choice, and did not embody the will of the imperialism. According to the author, the decision to revise the law was not effected by The Renewed Treaty of Commerce and Navigation between Britain and China, and the article abandoning consular jurisdiction should not be considered a turning point as we have believed in the past.

光绪二十八年 (1902 年)，清政府的商务大臣吕海寰、盛宣怀与英国商务代表马凯在上海签订了《中英续议通商行船条约》(以下简称《中英商约》)，条约第十二款载明:“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律。英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”[1]随后的中美、中日和中葡续订商约重申了同样的内容。近百年来，该款条约一直被中外学术界广泛引用，认为它是《辛丑条约》后清政府被迫屈从帝国主义的意志采取措施引进西方资本主义法律，大规模修订原有律法的主要诱因，《中英商约》因此成为中国近代法制转折的关键。然而，细心检阅中英商约谈判订约的过程，再把它与同一时期的修律活动参照辨析，我们发现这样的观点既颠倒了二者之间的因果关系，使该项条款占据了中国法律史和近代史上本不具有的重要位置，又严重影响了对这次修律活动的性质的判断。本文拟就这一问题作简要说明。

一、视《中英商约》促成清末修律的传统观点的源流

中国近代法制史研究几乎从一开始就把

[收稿日期] 2003 - 1 - 20
[作者简介] 陈亚平 (1963 —)，男，太原师范学院历史系副教授；太原 030012

《中英商约》和清末修律联系了起来。

1922年江庸为《申报》创刊50周年纪念特刊撰写了《五十年来中国之法制》这篇著名论文，对清末以迄民国前十年的法制建设作了总结性的论述。该文就清末修律有这样的叙述："光绪二十八年，政府派吕海寰、盛宣怀在上海修订各国商约，英、日、美三国均有中国律例与外国一例时，允弃其领事裁判权之议，至是，直隶总督袁世凯会同湖广总督张之洞、两江总督刘坤一奏保派员修订法律，光绪二十八年遂派沈家本、伍廷芳为修改法律大臣，然自光绪二十八年至三十一年此数年间仅从修改旧律及译书著手。"江庸（1878－1960），1907年毕业于日本早稻田大学政治经济科，回国后先后任清朝北洋政法学堂教习、学部参事、修订法律馆协修、大理院帮审员等，辛亥革命后，历任北洋政府北京政法专科学校校长、京师高等审判厅厅长、司法部次长、司法总长代理、司法总长、修订法律馆总裁以及法权研究会会长等职。由于他在司法和法学领域重要身份的影响，又曾亲自参与清末的修律活动，他的这段话为后来大多数著作所引用。近代著名法律史家杨鸿烈的名著《中国法律发达史》就引用江庸的叙述，说明晚清政府"备尝欧美日本帝国主义的威吓压迫，不能不改良司法，而法典编纂事业，就因受外界刺激，异常勃兴"[②]。1936年出版的法学家孙晓楼先生的专著《领事裁判权问题》，也将清末修律和《中英商约》第十二款联系到一起。[③]孙晓楼（1902－1958），早年毕业于上海东吴大学法学院，后赴美国西北大学法学院留学，获得法学博士学位。1929年回国，先后任东吴大学文学院教授、上海地方法院推事、东吴法学院教授，他是近代法学名家，他的观点对后来的研究者也不能不有极大影响。

《清史稿》对于清末修律的记载如下：

> 光绪庚子以后，各国重立和约，我国[illegible]争令撤销，而各使藉口中国法制未善，靳不之许。迨争之既亟，始声明异日如审判改良，允将领事裁判权废弃。载在约章，存为左券。故二十八年设立法律馆，有"按照交涉情形，参酌各国法律，务期中外通行"之旨。盖亦欲修明法律，俾外国就范也。[④]

几十年来，由于上述论述的权威性影响，几乎所有涉及该问题的中国法律史著作都坚持认为清政府是在这些商约条款的压力之下被迫进行的法律改革，清政府官方阐述改革宗旨时所谓的"参酌各国法律"、"务期中外通行"就是屈从帝国主义压力的明证。这些观点虽然表述有差别，但实质是一致的。台湾学者林咏荣认为：辛丑条约以后，"中英两国所订之追加通商航海条约，亦随之诞生"，"我国为摆脱领事裁判权之桎梏，固不得不谋自救"；"于是清廷在光绪二十八年派沈家本伍廷芳二氏为法律大臣，筹设修订法律馆，着将一切现行律例，按照与各国交涉情形，参酌各国成规，悉心修订。"[⑤]

《剑桥中国晚清史》采用市古宙三的研究，认为义和团事件之后，中国人认识到不平等条约的不利，希望取消治外法权，这就必须按照西方模式修改法律。"事实上，英国、美国和日本在它们1902和1903年签订条约时已经要求修改。结果，清政府在1902年决定着手修订法律和司法管理的准备工作。"[⑥]

大陆学者往往饱含强烈的反帝爱国激情解释《中英商约》和清末修律的联系。认为帝国主义国家提出"中国要废除领事裁判权，必须修改法律，以适应帝国主义的需要。为此，在辛丑条约之后，清政府与各国重订的商约，如1902年的中英条约、1903年的中美条约、1903年的中日条约、1904年的中葡条约等均有关于这方面的规定"。清政府才"不得不按照资本主义的法律模式来修改沿袭了二千多年的封建法律"。[⑦]在苏力、贺卫方主编的《20世纪的中国：学术与社会》（法学卷）中，强世功、贺卫方、方流芳以及张志铭、张志越分别撰写了总结性的文章，论述了二十世纪中国的"国家转型中的法律（1840－1980）"、"中国的司法传统及其近代化"、"中国法学教育"和"20世纪的中国律师业"等专题，包括了当代中国法学研究的主要领域，他们都把清末修律作为中国法律近代化的开端，不约而同地将《中英商约》作为列强迫使清政府改革法律的起点。[⑧]最近出版的研究清朝法律的专著《清朝法制史》对《中英商约》及随后的几个商约

与清末修律的关系作了这样的叙述：

> 特别是光绪二十八年（1902年）清政府在与各国修订商约期间，英、日、美、葡四国表示，如清政府改良司法现状"皆臻完善"，可以放弃治外法权。为帝国主义者的谎言所迷惑的清政府随即下诏："参照各国法律"，修订现行律例，以"务期中外通行"为宗旨。[9]

跨越国家"七五"和"八五"规划的哲学社会科学重点项目，大型法律史著作《中国法制通史》也认为，"正是从帝国主义列强的需要出发"，光绪二十八年（1902）马凯与清政府签订的《中英商约》才作出了那样的"特别规定"[10]。

回顾近百年来的有关论说，可以看到一个基本倾向，就是过分地强调了《中英商约》第十二款及中美、中日和中葡诸商约与清末法律改革的联系，甚至将这些条约当成是帝国主义迫使清政府引进西方法律改革中国律例的主要证据，也是清朝政府确立法律改革宗旨的主要依据。这些都和历史发展的事实存在着明显差距，并不恰当地强化了《中英商约》的历史影响，忽视了中国社会内部发展对法律变革的具体要求。

二、清廷确定修律宗旨并不受《中英商约》的影响

我们认为，清政府确定"参酌各国法律"，"务期中外通行"的修律宗旨，不是受到《中英商约》特殊规定的影响，而是中国社会要求取消领事裁判权的呼声与中外交往的具体局势相作用的结果，是一些执政官僚从长期中外交往矛盾冲突中感受、体会得出的必然选择。

首先，《中英商约》的签订与清廷的修律决策之间没有任何联系。

《中英商约》的签字时间是光绪二十八年八月初四日（1902年9月5日）。这时距离清政府宣布《变法上谕》（光绪二十六年十二月初十，1901年1月29日）已经一年又八个月，距离光绪二十八年二月初二日（1902年3月11日）清廷颁布《修订法律上谕》也已经过了半年时间。光绪二十八年四月初六日（1902年5月13日），清政府正式发布命令："现在通商交涉，事益繁多。著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有俾治理，俟修订呈览，候旨颁行。"[11]这是一份重要的上谕，它宣布清朝修订法律工作开始实行，并且原则上确定了修订法律的宗旨。值得注意的是，这份上谕的发布时间比《中英商约》签订时间早四个月。特别是在这个时候，正在进行的《中英商约》谈判还没有涉及收回领事裁判权的问题。清廷批准张之洞提出的将收回领事裁判权问题纳入本次谈判内容的时间是光绪二十八年六月十九日（1902年7月23日）。即使按照这个时间，也比清廷确定修律宗旨和实际开始修律的时间迟两个多月。显然，将后来发生的事件当成过去行为的成因，把以后产生的条约条款当成此前决策的宗旨，有悖于基本的历史逻辑。

理清《中英商约》第十二款的来由，有助于明了它与清末修律的关系。

1901年的《辛丑条约》第十一款规定："大清国国家允定，将通商行船各条约内，诸国视为应行商改之处，及有关通商其他事宜，均行商议，以期妥善简易。"[12]据此，中英在上海开始了商约谈判。据吕海寰上奏《中英商约》谈判大略的叙述，这次谈判的核心问题是"加税免厘"问题。统计马凯在谈判中提出了二十四款要求，中方坚决驳拒不允七款，议定后马凯翻悔又删除的一款，以议而藉为抵制者五款，实际二十四款中最后只有十一款达成协议。[13]应该注意到，英方提出但被中方驳拒不允的有七款，其中有关于"设海上律例并设商律衙门"和"上海会审衙门宜整顿"两款内容，明显暴露了英国企图从政治上加强对中国控制，干预中国法律事务的目的。[14]事实并不像人们乐观估计的那样，英方不仅丝毫没有放弃治外法权的"虚假表示"，反而是企图借机进一步巩固和扩大他们的领事裁判权。[15]

光绪二十七年十二月初一日（1902年1月10日）开始第一次谈判。马凯提出英国人可以任便在中国无论何处买地、租地、买房、租房，以便居住、贸易、制造，并安装机器。盛宣怀明确表示拒绝。"盛宣怀认为提出这一

要求时机过早，而且只要治外法权存在一天，中国决不能答应。他说中国的法律不久即将修订，以与各国的法律更相接近。将来外国人如能像在日本一样受地方官吏的管辖，即可准给这项权利。”[16]这里盛宣怀已经谈到中国自己已经有准备修订法律的决策准备。而且，他把清政府即将修律的决策作为拒绝马凯要求的理由提出来。显然，清廷作出修订法律的决策早于《中英商约》谈判。到光绪二十八年五月末，双方已经聚议六十余次，其间“允而复翻，议而复改”。吕海寰、盛宣怀按照清廷事先的安排，“邀同马凯偕赴江、鄂与前督臣刘坤一、张之洞共筹抵制”。在反复不定的谈判过程中张之洞等“复向马凯索议彼允入约者三款，曰治外法权，曰筹议教案，曰禁莫啡鸦”[17]。

张之洞主动提出要求谈判英国放弃领事裁判权问题。先是，马凯借口英国商人舆论不服，提出修改矿章，添开口岸，推广口岸权利，推广内河小轮等要求。并且要挟说“以此四事与加税并为一案，成则俱成，散则俱散”。在这样的情况下，张之洞向马凯提出将“修改法律”和“各国派员考查教务”两条一并谈判写入约章的要求。张之洞叙述的情况是这样的：

> ……洞因告马使曰：“到鄂后，数日内议定之条款甚多。今又将无关加税之事，索我与议。皆是英国所要索于中国者。中国亦应向英国要索数端，方为公平。若不肯商，我便不与议。今日不开谈矣。”马使初以为甚难，谓“此约只应英向中索，不应中向英索。”力争始允。因与索商两条：一、中国修改法律后，英人归我管辖。一、请各国派员，会同中国官员，考查各省教务，妥筹办法。因与定议入约，法律列为第十二款。[18]

海关副总税务司裴式楷写给总税务司赫德的报告更加具体地记载了当时的谈判情况：

> 马 凯：我想今天最好先讨论第十一节。盛宫保原先说只要我在汉口留两天，我现在已经耽搁得够久了。
>
> 梁敦彦：您费了八个月时间并没有能解决什么！而这几天内已经谈妥了很多款……张制军说，您必须让他能有可以拿出来的东西。他提出两款来。一款是关于治外法权的。我们想修订我们的法律，我们即将指派委员研究。您是否可以同意，在我们的法律修改了以后，外国人一律受中国法律管辖。另外一款是关于传教的……
>
> 马 凯：你们是否可以用书面提出呢？
>
> 张之洞：在最初几年内中国也许要聘用外国法官。
>
> ……
>
> 马 凯（递过拟好的英文条款）：这是不是他所要求的意思？（梁敦彦朗读并翻译）。我想你们从来没有那样的条约。我也应当电告我的政府，请特准把这一条放进去。我也要说明这是张制军特别要求的。
>
> 张之洞：自然你须向你的政府请示，但希望能在请示的时候说明你赞成增加这一款。
>
> 马 凯：我必定向兰士丹勋爵说明这是张制军提出的。我本人也必定极力赞助这件事……[19]

六月十七日（7 月 21 日）张之洞将商谈情况致电军机处、外务部、户部和两江总督刘坤一，并汇报了和《中英商约》正式文本基本一致的该条款内容。六月十九日（7 月 23 日），清廷批准了张之洞的建议：“拟以修改法律及各国派员考查教务两条一并入约。”由于张之洞在谈判中的影响逐渐增大，六月二十三日（7 月 27 日）清廷上谕：“张之洞现授为商务大臣，嗣后续议英日各国商约，著吕海寰、盛宣怀即赴湖北省会议，仍随时与刘坤一妥酌办理。”[20]

“收回治外法权”在辛丑和约签订后的商约谈判中确实是一个特别的条款。其特别之处就在于它是中国方面提出的仅有的三项要求之一。所以当时的文献记载就对它特别的注意。吕海寰、盛宣怀在电稿中就强调说：“加治外法权一款系张大臣所索……筹议教案、治外法权、画一圜法之款于我政权裨益最钜。”[21]这也反映了当时中国朝野的一种普遍看法。正由于此，1903 年中美之间的《中美商约》谈判情况就不同了。一开始美国就知道中国必定坚持有关“收回治外法权”的立场，于是，当美国

要求中国政府保护美国商品在华专利权的条款受到中方拒绝时，美方就以不能接受中方提出的“取消治外法权”条款相要挟。[22]他们认为“贵国欲将治外法权收回，则此款万不可删，因专利为文明之国必有之政也”[23]。

事情很清楚，《中英商约》第十二款是由中国方面提出来的。作为清末修律的主要策划者之一，张之洞提出这一条款的目的是配合正在进行的法律改革，希望通过这样的途径取消英国的治外法权。即使张之洞等人低估了帝国主义的侵略本性，这也是中国人的意志，而不能理解为英国帝国主义的要求。我们根据商约谈判过程和清末修律的进展情况，复原《中英商约》第十二款与清末修律的关系。认为商约第十二款只是清末法律改革总体工程中的一个部分，是清政府的一部分官僚设计的法律改革可能达到的目的之一，而不是帝国主义提出的用来诱使清政府进行仿效西方的法律改革的特别条件。换句话说，即使没有商约第十二款的存在，清末的法律改革也必定这样进行，法律改革的宗旨也不会有什么改变。《中英商约》在清末法律改革中本来不具有后来研究者所想象的那样重要的枢纽地位。

其次，我们认为清末修律宗旨的形成不是受到《中英商约》影响的结果。这个问题还需要从另外两方面来回答。清廷之所以确立“参酌各国法律”，“务期中外通行”的修律宗旨，一方面是中国近代自身特殊社会历史发展的结局，另一方面是日本收回领事裁判权对中国产生的示范性影响。先说第一方面，迫使清政府下决心实行法律改革的直接原因是 1900 年八国联军入侵及随后签订的《辛丑条约》。对于这个问题学术界已经有了充分研究，此不赘述。然而清末的法律改革之所以确立了这样的宗旨还有着更为深远的历史原因。从世界大势来说，西方资本主义的世界发展迫使一切非西方的殖民地半殖民地社会接受资本主义的经济和社会制度，在法制和司法领域按照资本主义的面貌改造自己以适应资本主义全球化的需要。从中国来看，1840 年鸦片战争后英国及其他的西方列强在中国取得了领事裁判权。随着中外交往的增加，越来越多的人认识到这是对中国主权的严重侵犯，要求取消领事裁判权。与此同时，中国人也逐步增加对西方法律的了解，产生吸收西方法律改革中国律例，减少中外交往的法律矛盾，逐步实现中外一致，最终收回领事裁判权的思想。郭嵩焘、何启、胡礼垣、郑观应等人都曾有过这样的见解。[24]而且从十九世纪六、七十年代开始，中国社会内部的资本主义因素逐渐成长，旧的以重农抑商为主要特点的律例原则已经越来越显示出方方面面的不合时宜之处，要求修改法律，保护国内工商业发展的呼声高涨。郑观应在《盛世危言》明确提出仿照西方国家法律，修订律例以保护和发展本国商业的主张。他说：

> 若无商律，不注册，大公司稽帐无人，恐倒闭之遗害无穷。或谓互市以来，大宗生意全系洋商，华商不过坐贾零贩。推原其故，盖由中外贸迁，机器制造，均非一、二人之财力所能办到。所有洋行皆势力雄厚，集千百家而为公司者，且有银行通融，其国家又多方保护津贴，是以商务日兴。中国不重商务，不讲商律，于是市井之徒彼此相欺，巧者亏逃，拙者受累，以故视集股为畏途，无怪乎不能与洋商争衡也。况遇商务讼案，华欠洋商，则领事任意要索不止，累及身家。洋欠华商，则领事每多偏视。于是华商或附洋行股份，坐沾余利，或雇无赖以为护符。故欲兴商务，必先能卫商保商，尤必须杜商奸以防逃避，护商本以维市面。此类条目繁多，须延访深明商律之人，将东西洋商律参定颁行，俾可遵循。[25]

清政府的执政官僚也从中外交涉的实践中感受出酌采西方法律修订中国律例的必要性。光绪十五年（1889）张之洞在奏折中就阐述了这样的思想：

> 近来万国辐辏，风气日开，其溺于西人之说喜新攻异者故当深戒，然其确有实用者，亦不能不旁收博采以济时需……泰西各国以邦交而立公法，独与中国交涉恒以意要挟，舍公法而不用。中国亦乏深谙公法能据之与争者。又，凡华民至外洋者，彼得以其国之律按之，而洋人至中土者，我不得以中国之法绳之，积久成愤，终滋事端。夫中外之律用意各殊。中国案

件命盗为先，而财产次之；泰西立国首重商务，故其律法于凡涉财产之事，论辨独详。及其按律科罪，五刑之用，轻重之等彼此亦或异施。诚宜申明中国律条，参以泰西公法，稽其异同轻重，衷诸情理至当，著为通商律例，商之各国颁示中外，如有交涉事出，无论华民及各国之人在中土者，咸以此律为断。[26]

戊戌变法时期，康有为认为“吾国法律太苛，监狱污秽，外人惊恶，故不能收回治外法权”，“迭次请改法律审判之法”[27]。他主张“采罗马及英美德法日本之律，重定施行，不能骤行内地，亦当先行于通商各口，其民法、民律、商法、市则、船则、讼律、军律，国际之法，西人皆极详明，既不能闭关绝市，则通商交际势不能不概以通行。”[28]到了义和团时期，中外交涉日加频繁，“交涉事件，教案居多，近年尤甚”。而“中西法律不同”，“教士袒庇教民”，外国公使“一味恃强”[29]，这种形势更迫使清政府下决心进行法律改革。袁世凯、张之洞在奏折中表达他们对局势的见解：“近者交涉益繁，应付愈难，教士纷来，路矿交错。游历之辈，足迹几遍国中。通商之议，乘机而图进步。我如拘守成例，不思亟为变通，则彼此情形，终多扞格。因扞格而龃龉，因龃龉而牵制，群挠众侮，我法安施？权利尽失，何以成国？”采用西方法律改订中律已经是不能不进行的要政了。[30]

光绪二十七年（1901 年）张之洞、刘坤一、袁世凯所上的《会奏变法三折》对清末修律影响重大，它们是清末修律的指导性文件。在第二折中，他们提出“恤刑狱”的多项建议，列举了中国法律和司法中需要革除的种种弊端。这些都是在和外国法制情形作比较的情况下提出的。[31]可以认为是他们要求参照西法改革中国律例思想的具体化。这些建议成为沈家本等人修订律例的重要依据。沈家本等为《钦定大清现行新刑律》所作的大量《按语》，就体现了张之洞等人的影响。在第三折中，张之洞等进一步提出仿效西方国家法律制度，制定中外通行的“矿律、路律、商律、交涉刑律”的主张，强调要制定系统的适合中外通商新形势的法律体系，方便本国工商业发展，抵制帝国主义侵夺中国利权，透露出以法律改革取消领事裁判权的思想。他们认为：

此次和议成后，各国公司，更必接踵而来，各省利权，将为尽夺，中国无从自振矣……必须访聘著名律师，采取各国办法，秉公妥订矿路画一章程……欧美商律最为详明，其国家又多方护持，是以商务日兴。中国素轻商贾，不讲商律。于是市井之徒，苟图私利，彼此相欺，巧者亏逃，拙者受累。以故视集股为畏途，遂不能与洋商争衡……必中国定有商律，则华商有恃无恐，贩运之大公司可成，制造之大工厂可设，假冒之洋行可杜。华商情形较熟，工价较轻，费用较省，十年以后华商即可自立，骎骎乎并可与洋商相角矣……至刑律中外迥异，猝难改定。然交涉之案，华民西人所办之事，轻重不同，审讯之法亦多偏重。除重大教案新约已有专条，无从更定外，此外尚有交涉杂案及教案尚未酿大事者，亦宜酌定一交涉刑律，令民心稍平，后患稍减，则亦不无小补。

他们建议访求各国著名律师来华充当法律教习，“博采各国矿务律铁路律商务律刑律诸书，为中国编纂简明矿律路律商律交涉刑律若干条”。然后，“各省凡有关涉开矿山修铁路以及公司工厂华洋钱债之事，及其他交涉杂案，悉按所定新律审断，两造如有不服，只可上控京城矿路商务衙门，或在京审断，或即派编辑律法教习，前往该省会同关道审断。一经京署及律法教习复审即为定谳，再无翻异”[32]。这些主张体现了清末部分实力派官僚要求修订法律，适应社会变迁需要的主张，也反映了他们在新形势下企图借修律达到收回司法主权的愿望。值得注意的是，这份奏折的主要内容接受了郑观应在《盛世危言·商务三》中的提法，它反映出这种要求在清末时期的影响面已经扩大为一种社会性的要求。

再看日本收回领事裁判权对中国的影响。1899 年 7 月 17 日，西方列强按照与日本签订的条约放弃它们在日本的治外法权。这对于正为领事裁判权问题所困的清政府来说，无疑是个有刺激性的示范。中国人对日本仿照西方改革法律的认识本来是较早的。黄遵宪的《日本

国志》、《日本杂事诗》都有这方面的记载。如谓“泰西各国，咸谓日本法律不完不备，其笞杖斩杀之刑不足以治外人；于是日本政府一意改用西律，敕元老院依拟佛律，略参国制，以纂定诸律，至十四年二月遂告成颁行，曰治罪法，曰刑法。”[33]光绪二十年（1894），传教士林乐知在《万国公报》报道了英国与日本修约有允弃其领事裁判权的内容，[34]到光绪二十六年（1900），林又在所著《九九新论叙》中道：“西历本年（1899年）七月十七号，为日本得入万国公会，实施改正条约之期。查日本初与各国通商立约之时，失其半主之权，与中国同受大病。日本君民，引以为耻，遂思变法自新。数十年来，几与西国政俗如出一辙。泰西诸国互相推重，允其同入万国公会，列为平等之国，改正昔日条约。凡寓居境内之他国人民，嗣后皆受治于日本之官吏，此日本君民之大快也。”[35]

十九世纪末，中日交往益加频繁，留日潮流勃然兴起，类似的日本维新改制的消息纷至沓来，对中国的维新派和其他执政官员均产生了持续不断的影响。效法日本收回治外法权是当时关心时局的大臣们共同的见解。袁世凯等人在奏折中就回顾了日本成功地修订条约并全面收回治外法权的情况，建议清政府向日本学习，说“近来日本法律学分门别类，考究亦精，最为西人叹服”。应该在刑法和民法方面分别聘请一名日本法律博士来华帮助修订法律。“该国系同文之邦，其法律博士多有能读我之会典者，且风土人情与我相近，取资较易。”[36]张之洞说：“日本三十年前，始创修改法律管辖西人之谋，商之于英，赖英首允其议，彼国君臣从此极力明法修政，有志竟成。至今西人竟皆遵其法令，日本遂与欧美大国抗衡。以中国今日国势，马使竟允此条，立自强之根，壮中华之气，实为意料所不及。”[37]得意之色溢于言表，效法日本的意图没有丝毫隐藏。

综合以上分析，我们认为清廷确立“按照交涉情形，参酌各国法律，”“务期中外通行”的修律宗旨，是各种历史因素综合作用的结果，与《中英商约》影响的关系不大。这里所谓“按照交涉情形，”应该理解为那个时候整体的中外交涉情势，而不是特指《中英商约》第十二款的要求。

三、余论：《中英商约》对于清末修律的意义

上述辨析并不是说《中英商约》第十二款对清末修律毫无影响。对于外国评论者来说，该款条约也许是议和人员留下的一个“不表示确定意见的条款”，它“对于一方的希望和另一方的特权，既没有增加，也没有减损”[38]。这也是马凯对张之洞的要求没有费过多的争辩就答应报告英国政府准备接受的主要原因。但对于中国人来说，我们应当承认《中英商约》第十二款对加速清末修律的发展有一定的影响，主要是在宣传上它为以沈家本为首的“法理派”提供了一种“拿得出来的”舆论工具。它毕竟把几十年来中国人关于收回“治外法权”的一种设想和倡议以条约的形式固定了下来。给那个时代迫切希望取消列强在华领事裁判权的各界人士竖起了一面指引方向的旗帜。

事实上，《中英商约》签订后相当一段时间，主张进行法律改革的人都经常援引第十二款的内容，为引进西方法律、法理的活动争取政治支持，并以“收回治外法权”作为与保守的旧势力斗争的主要武器。诚如《清史稿》所谓：“自此而议律者，乃群措意于领事裁判权。”[39]光绪三十一年（1905）三月，伍廷芳在奏折中就说：“方今改订商约，英、美、日、葡四国，均允中国修订法律，首先收回治外法权。实变法自强之枢纽。”[40]同年九月他在另一份奏折中索性直接说：“臣等奉命修订法律，本以收回治外法权为宗旨。”[41]沈家本也有类似看法，他在叙述新刑律修订大旨时说：各国“对于我国藉口司法制度未能完善，予领事以裁判之权”，中国主权日削，中国律例“毖于时局不能不改也”[42]。他认为这次修订刑律，意在使中国律例“与各国无大悬绝”，“专以折冲樽俎，模范列强为宗旨”[43]。尽管“收回治外法权”这个武器并不十分有力，不能真正有效反击保守派对修律活动的诋毁和攻击，但它是那个时候特定社会条件下法理派所能找到的一件合适的思想外衣。这是《中英商约》第十

二款比中国近代史上的其他任何一款条约都更加多地被当时的中国人反复强调的重要理由。不是条约本身给了中国人希望（或者虚望？），而是郁积在中国人心中的收回治外法权的强烈愿望借助于这一条款得到了更加集中的爆发。

①⑬⑰㉙㉛㉜㊵㊶《光绪朝东华录》，中华书局 1958 年版，总第 4919 页，第 4949 页，第 4949 - 4950 页，第 4832 页，第 4743 - 4744 页，第 4762 - 4764 页，第 5325 页，第 5413 页。

②杨鸿烈：《中国法律发达史》下册，商务印书馆 1930 年版，第 886 页。

③孙晓楼：《领事裁判权问题》，商务印书馆 1936 年版，第 241 页。

④㊴《清史稿》卷一百四十四《刑法志》，中华书局 1976 年，第 4216 - 4217 页，第 4178 页。

⑤林咏荣：《中国法制史》，民国六十五年（1976 年）增订六版，第 65 页。

⑥费正清编：《剑桥中国晚清史》下卷，中国社会科学出版社 1985 年，第 456 页。

⑦潘念之主编：《中国近代法律思想史》上册，上海社会科学院出版社 1992 年，第 176 - 177 页。

⑧苏力、贺为方主编：《20 世纪的中国：学术与社会》（法学卷），山东人民出版社 2001 年，第 103 页，第 192 页，第 330 页，第 392 页。

⑨张晋藩主编：《清朝法制史》，中华书局 1998 年，第 695 页。

⑩张晋藩总主编：《中国法制通史》第九卷，法律出版社 1999 年，第 161 - 162 页。

⑪⑳《德宗实录》卷四九八，卷五〇一。

⑫王铁崖编：《中外旧约章汇编》第 1 册，生活·读书·新知 三联书店 1959 年，第 1007 页。

⑭㉑㉓王彦威纂辑：《清季外交史料》卷一五〇，卷一五一，卷一七三。

⑮多数的著作都以为，英国主动散布放弃领事裁判权的花言巧语，意图迷惑清政府顺从他们的意志，达到他们进一步侵夺中国利权的目的。这种说法与英方提出的谈判条件有出入。英方的谈判大纲载于《清季外交史料》卷一五〇，又见《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年，第 19 - 20 页。

⑯中英修约第一次会议记录，载《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局，1994 年版，第 21 页。

⑱《张之洞全集》，卷八十四，河北人民出版社 1998 年，第 2251 页。《清季外交史料》卷一五九。

⑲裴式楷：《1902 年 7 月 17 日马凯在武昌纱厂与张之洞等会议简记》，《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年，第 137 - 138 页。

㉒《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年，第 183、195、201 页。

㉔费正清主编：《剑桥中国晚清史》下册，中国社会科学出版社 1985 年，第 223 页。

㉕郑观应：《盛世危言·商务三》，中州古籍出版社，1998 年。

㉖《增设洋务五学片》，《张文襄公全集》，卷二十八，民国十七年刻本。

㉗《请计全局筹巨款以行新政筑铁路起海陆军折》，《戊戌奏稿》，《续修四库全书》影印本。

㉘《应诏统筹全局折》，《戊戌奏稿》，《续修四库全书》影印本。

㉚《袁世凯奏议》上册，天津古籍出版社 1987 年。

㉝黄遵宪：《日本杂事诗广注》，岳麓书社，1985 年。

㉞林乐知：《中日两国进止互歧论》，《万国公报》第七十一册（光绪二十年十一月）。

㉟林乐知：《九九新论叙》，《万国公报》第一百三十四册（光绪二十六年二月）。

㊱《袁世凯奏议》上册，天津古籍出版社 1987 年。

㊲《张之洞全集》卷八十四，河北人民出版社 1998 年，第 2251 页。

㊳马士：《中华帝国对外关系史》第三卷，上海书店出版社 2000 年，第 402 页。

㊷㊸《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局 1979 年，第 846 页，第 852 页。